

# O NOVO DIREITO DAS SUCESSÕES

*Adauto de Almeida TOMASZEWSKI<sup>1</sup>*

**Sumário:** 1. Considerações preambulares. 2. O direito das sucessões. 3. Breves conclusões.

**Resumo:** Uma reflexão crítica acerca dos principais aspectos do direito das sucessões no novo Código Civil.

**Abstract:** A critical reflection concerning the major aspects of succession law in the new Civil Code.

**Palavras-chave:** Novo Código Civil. Direito das sucessões. Inovações. Críticas.

**Key-words:** New Civil Code. Succession. Innovation. Criticism.

## 1. Considerações preambulares

O anúncio da nova ordem civil, por intermédio da lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, trouxe consigo as justificativas de que, apesar de aprovado o Projeto na Câmara dos Deputados em 1984, foi feito um cuidadoso estudo das emendas apresentadas.

Tal Projeto, embora com a preservação de valores e estrutura inicialmente verificados, certamente ressentiu-se do enorme lapso de tempo até a manifestação do Senado Federal, que optou por relegá-lo a segundo ou terceiro planos, tendo-se em vista todas as inovações constitucionais, precedida, é lógico, da transmutação do sistema militar para o democrático. Mas não se pode criticá-lo por sofrer um enorme período de tramitação, pois outros Códigos também aguardaram muito tempo para ser promulgados, como o da Prússia, que esperou 48 anos, ou o Código da Áustria, por 58 longos anos, e não são merecedores de censura somente por este particular.

Diferentemente do que se vê no novo *Código*, a nova ordem

---

<sup>1</sup> Docente no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro - UNESPAR, *campus* de Jacarezinho.

constitucional, mesmo com as ressalvas e críticas já consagradas, atendeu de modo mais precípua aos anseios sociais, o que simplesmente não ocorreu no caso do novo *Código Civil*. Tal consideração se faz pertinente, porque, inclusive pela vocação e formação eminentemente civilista, comungo com o pensamento de que no país existem duas leis fundamentais: a *Constituição Federal* e o *Código Civil*.

Apenas para não perder de vista a iniciativa ao magistério, convém lembrar que o direito positivo compreende o conjunto de regras jurídicas em vigor, neste momento, nesta época. É comumente afirmado que este é o direito, histórica e objetivamente estabelecido, encontrado em leis, códigos, tratados, costumes, decretos, entre tantos outros. Singelamente afirma-se que é o Direito cuja existência não é contestada por ninguém. Por esta ótica, então, no que tange ao novo regramento civil, paira a questão: o que é realmente *novo* no *Código Civil*, o que justifica e faz merecedor de tal condição? Não estaríamos apenas diante de pequenas atualizações, correção de imperfeições até justificáveis dado o contexto da elaboração do *Código* de 1916, algumas tênues e outras sensíveis inovações, aliás já introduzidas no ordenamento pátrio por intermédio da atual *Constituição Federal*?

Somente por este aspecto, já é possível inferir que compartilho a idéia de que o legislador pátrio perdeu uma excelente oportunidade. Isto ainda se for o caso de considerarmos tais “inovações” como justificadoras de uma nova ordem civil ou se apenas ensejadoras de labor semelhante ao verificado no vigente *Código de Processo Civil*.

É que o projeto, publicado por três vezes, ocasiões em que recebeu sugestões e certamente alterações, diferentemente do que se podia esperar, não se nos apresentou de forma aperfeiçoada e atualizada. Cabe ressaltar que esta não é apenas mais uma das

conhecidas críticas, como a de que já nasceu velho e ultrapassado, pois não se poderia fazer tal afirmação de um documento marcado pelas peculiaridades que têm, em um processo histórico de quase quatro décadas. Nem mesmo o atual, de 1º de janeiro de 1916, Lei nº 3.071, recebe tal pecha; quando muito são exaltadas as peculiaridades da cultura patriarcal, algumas inconsistências que não comprometem o todo e o português arcaico da época de sua elaboração. E nem poderia ser diferente, mesmo diante das mudanças de nossa organização social, acompanhadas de perto ou motivadas pelo modelo econômico.

Aliás, são poucas as críticas realmente consistentes ao *Código* de 1916. Entre aquelas com que concordo, saliento as que se referem às condições sociais e econômicas verificadas à época da redação do Projeto Beviláqua. Naquela época, predominava o capitalismo comercial e era ausente uma classe média com voz ativa que pudesse desempenhar o papel de agente intermédio, capaz de conter a atividade estatal e exigir a textualização de inúmeras situações que já se faziam necessárias pelo contexto.

Esse conjunto de fatores, infelizmente, concorreu para a não inclusão, de forma explícita, de idéias já ventiladas na Europa, notadamente em matéria de contratos. Bom exemplo disto é a Teoria da Imprevisão, do Contrato de Trabalho e a Contratação Coletiva. Quanto às demais, de não menos importância, já restaram prejudicadas diante dos efeitos reflexos da *Constituição Federal*, que, norteadas com mais ênfase pelo princípio da igualdade e também decorrente de uma ampla discussão, fizeram constar no seu texto final matérias que retratam mais a sociedade contemporânea. Tanto é verdade que, mesmo quando o legislador constitucional tratou de assuntos que ordinariamente não seriam daquela ordem, o fez com razoável acerto, inclusive conferindo-lhes elevado "status", e por certo, naquele instante,

diante daquela conjuntura, reclamavam previsão.

Pior do que rotular o código de 1916 de ultrapassado, fosse este mesmo o elemento justificador de se elaborar um novo, é imaginar inovar e apenas em alguns casos, substituir inconveniências ou impropriedades léxicas como os arcaísmos, por exemplo, que dificultam uma interpretação clara e precisa, repetindo-se sistematicamente as mesmas disposições anteriores. Penso que assim como a nova ordem constitucional, o novo *Código Civil* poderia ter sido elaborado de forma mais marcante, projetando seus reflexos em toda a ordem instaurada, precedida da mesma e acalorada discussão pertinente à *Constituição Federal*. Pela grandeza de seu alcance, deveria ter sido melhor tratado e apresentado, não desta forma tacanha e sem a devida largueza de vista para atravessar pelo menos mais um século.

Não é possível admitir que este novo diploma possa apresentar-se como um estatuto que reflita uma realidade sócio-jurídica, pois se de um vértice, muitas atualizações eram esperadas, de outro, inovações eram aguardadas com maior ansiedade. O texto do código em comento não se nos apresenta como digno de um diploma contemporâneo. O que se vislumbra de “novo”, já estava, de certo modo, absorvido pelo desenvolver das relações jurídicas e fáticas vivenciadas pela nossa sociedade.

Não tenho a pretensão de alinhar estes comentários aos que me antecederam, pois isto seria impróprio, inoportuno e com certeza resultaria num vazio semântico. Não comungo com a idéia de que o novo *Código Civil* abrange aquilo que já estava, de relativa maneira, consolidado à luz da experiência. Somente isto não o justificaria, mas sim a reordenação do que já estava instaurado.

Menos próprio ainda é pretender legitimá-lo como um documento marcado pelo princípio da eticidade a atenuar o rigorismo normativo,

pois isto não exigiria, por si só, nova codificação. Aliás, nem isto é tão visível dada a possibilidade de grandeza que o conjunto da obra comportaria. Ademais, todos os possíveis comportamentos desviados, ditados por interesses individuais e econômicos, não eram elementos marcantes do texto original de 1916 e que, somente neste momento, pudessem ser corrigidos, pois o Direito, em sua essência, nunca coadunou com tais acasos. Concordar com estes elementos justificantes seria desconsiderar, de pronto, os mais comezinhos preceitos da razoabilidade.

Mas o fundamento destas considerações preambulares não se situa neste plano, reside em outro. Por isto, torna-se mister lembrar que o Direito tradicional está assentado sobre quatro princípios basilares: o primeiro: a *unicidade*, eis que o direito é um só; o segundo: a *estatalidade*, já que o mesmo é posto pelo Estado; o terceiro: a *racionalidade*, pois afirma-se seja produto da razão; e, por fim, o quarto: a *legitimidade*, já que ele deve ser legítimo.

Neste conhecido diapasão, em um sistema jurídico moderno, a legitimidade estaria assentada sobre os ideais de democracia e liberdade somente de forma indireta, o que conduziria a uma conclusão de que estaríamos diante de um tripé ideológico: a unicidade, a estatalidade e a racionalidade. Mas é imperioso questionar se seria mesmo legítima esta ordem jurídica instituída por representantes do povo, vez que, apesar de racional, ela é ilusória. Isso faz lembrar, inclusive, as lições de Kelsen acerca do dever de acatar até as normas injustas, pelo simples fato de que elas foram elaboradas pelos representantes do povo. Mais ainda, por um sistema democrático, receberam maior adesão, ou o que é pior, atenderam a um grupo de interesses mais aparelhado para fazer valer suas vontades.

Por tais ponderações é que diante das maiorias exploradas

encontramos o Estado ocupando seu lugar estratégico e ideológico de instrumento de dominação, marginalizando a veia intuitiva e a criatividade social, de forma a obstar a participação desta sociedade na produção jurídica. Dessa maneira, é-nos desnudada, através de uma lente sociológico-política, o papel do poder como banal dominação, “legitimada” pela racionalidade legal e que busca, por um processo ideológico, criar instrumentos dessa dominação. Através de dissimuladas necessidades da sociedade contemporânea, os detentores do poder partem de falsas premissas para alcançar enganoso resultado, levando ainda o cidadão incauto a acreditar que está sendo protegido.

Com isso, o Estado olvida que somos todos “atores” nesse processo em que cada qual deve desenvolver o seu papel. Dessa maneira, com maior premência que o cidadão, o profissional do Direito, para desempenhar a parte que lhe cabe, necessita preparar-se para ser mais do que um simples manipulador de um processo técnico, formalista e limitado a fins imediatos. Ele precisa atentar para o fato de que, além de tudo, precisa conhecer bem as instituições e os problemas da sociedade contemporânea, de forma a compreender a figura que representa na atuação daqueles e aprender as técnicas requeridas para a solução dos mesmos.

Nesse sentido, deve ser ressaltado que aquele que vive numa sociedade sem consciência de como ela se apresenta em termos organizacionais e do seu papel nela, não é mais do que um autômato, sem inteligência nem vontade. Ademais, cumpre saber de que forma e através de quais métodos os problemas sociais deverão ser conhecidos e as soluções elaboradas, para que não se incorra no gravíssimo erro de se pretender um transplante puro e simples de fórmulas importadas ou a *aplicação simplista de idéias já consagradas*, sem a necessária

adequação às exigências e possibilidades da realidade social, inclusive atendendo suas peculiaridades.

Portanto, torna-se premente o estudo de várias disciplinas, sistematizando-se conhecimentos jurídicos, filosóficos, sociológicos, políticos, históricos, antropológicos, econômicos e, sobretudo, psicológicos, a fim de se valer de tais conhecimentos para buscar o aperfeiçoamento do próprio Estado, concebendo-o, ao mesmo tempo, como um fato social e uma ordem, que deveria procurar atingir os seus fins com eficácia e principalmente com justiça. Assim, os operadores do Direito devem ser homens de seu tempo, não se prendendo a arcaicos conceitos que se mostram sobremaneira inócuos em determinados casos. Do contrário, tornar-se-iam, meros operários.

Por esse ângulo, e, como dantes asseverado, o que o Estado olvida e desconsidera é que se poderia avançar e projetar, na órbita, a doutrina dos sofistas, que conduz à afirmação de que cada homem é a medida da validade ou invalidade das normas do Direito. Assim, por tal vertente, o subjetivismo jurídico individual pode ser referido aos destinatários de cada ordenamento ou à própria pessoa do Estado; quando essa última situação ocorre, surge o subjetivismo político, ou seja, que o poder público é a última instância capaz de formular e aplicar validamente, em um determinado momento histórico, os preceitos que tenham de reger a vida jurídica dos membros da sociedade.

Desse modo, fica indisfarçável a linha de pensamento de que o monopólio da formulação e aplicação do Direito pode ser entendido, inclusive, como uma ordem criada ou imposta pelos detentores do poder. Este sistema, mesmo sem nenhuma transcendência e nenhum significado normativo, por autênticas normas, apenas encoberta os interesses dos governantes ou das classes sociais

mais poderosas<sup>2</sup>.

Seria censurável perder da memória, a afirmativa de que a eficácia de um sistema jurídico não repousa somente na força ou no prestígio de alguns governos, aliás, um elemento marcante na América Latina. Muito menos ainda, que seja imediato resultado de interesses de certos grupos ou castas, mas sim, que isso estaria umbilicalmente ligado ao fato de que a positividade do Direito teria como fundamento a espontânea submissão dos governados. Essa submissão é melhor explicada quando os particulares julgam não estar sujeitos ao domínio de outros homens, mas sim à autoridade das leis, por intermédio de uma justiça intrínseca, fonte de obrigações e faculdades. Isto, com certeza, elucida ao leitor a razão e os fundamentos de minha inquietude.

Não poderia deixar de merecer destaque, nesse pequeno trabalho, a noção kantiana de autonomia, pois eis que o indivíduo, em uso de sua liberdade, faz seus os preceitos que o poder público formula, pelo simples fato de que reconhece a justificativa do que lhe foi prescrito, de forma passiva e acrítica. É bem verdade que me alinho às lições de Cabral de Moncada, que entende que a mais moderna filosofia ultrapassou Kant numa larga frente, mas é inegável que a sombra deste continua a persegui-la. No entanto, essa é uma discussão que não tem proximidade com os objetivos deste capítulo.

Registre-se, então, que o novo *Código Civil*, alvo de tantos comentários além dos já formulados, pode comportar mais alguns, especialmente no que se refere à questão de sua existência e consistência. É cediço que tais elementos são decorrentes imediatos da palavra “ser”, que significa de uma parte, *existir, estar aí*, mas também, por outro lado, significa consistir, *ser isto ou ser aquilo*. Por

---

<sup>2</sup> Podemos encontrar o prelúdio dessa discussão, através da doutrina do sofista Trasímaco, citado por Platão, em *A República*, livro I, página 338, ou, mais detalhadamente, em Eduardo García Maynez (1939, p. 21 e ss.).



este raciocínio, se perguntamos o que é o homem, não queremos questionar se ele existe ou não, mas perquirimos, com isso, a sua essência! Quando na Bíblia encontramos o ensinamento de que Deus teria pronunciado: *fiat lux (que a luz seja)*, subentendemos que a palavra “ser” foi empregada no sentido de *existir*, não de *consistir*. Por isso, cremos que ao dizer *fiat lux*, Deus quis dizer que a luz, até então inexistente, passasse a existir. Quando dizemos: “*o que é a luz?*” não pretendemos expressar outra coisa senão: “*qual é a sua essência?*”, “*qual é a sua consistência?*”. Portanto, quando questiono: *o que é o novo Código Civil?*, estou realmente perguntando: *em que consiste? qual é a sua essência?*

Como não obtive ainda uma resposta satisfatória que me amainasse o espírito, convido o leitor a descortinar o novo direito das sucessões e analisar se este seria ou não um paralogismo.

## **2. O direito das sucessões**

### **2.1 – O Código Civil de 1916 – Lei 3.071 de 1º de janeiro**

O direito das sucessões, encartado no Livro IV do *Código Civil* de 1916, foi lastreado a partir de duas acepções do vocábulo constante no próprio título. A primeira, em sentido amplo, fora brilhantemente conceituada pelo Desembargador Itabaiana de Oliveira, para quem “é a continuação de outrem de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito, constituindo um dos modos ou títulos da transmissão ou da aquisição de bens ou direitos patrimoniais” (*apud SANTA MARIA, 2001, p. 1*).

Da acepção, todavia, em seu sentido restrito, marcadamente disciplinado pelo direito sucessório, conduz-se à idéia de transmissão patrimonial, por prévio ato de vontade ou por expressa determinação legal posterior, compreendendo bens e deveres, ocasionada pelo

falecimento do seu titular. Isso positiva, até janeiro de 2003, a estrutura que localiza o direito sucessório entre os artigos 1572 a 1805, contando destarte, com 233 artigos, que em seu conjunto têm 46 parágrafos e 66 incisos no total.

Muito provavelmente, este *Código* reflita a origem do direito sucessório, situada na ainda não descortinada formação dos povos. Ao que indica, os bens, naquela época, não eram pertencentes ao indivíduo, mas sim aos grupos familiares, marcados evidentemente por um sistema patriarcal.

Segundo a contestada doutrina tradicional, réplica da narração bíblica, este sistema patriarcal seria a primeira fase da organização jurídica, marcada pelo agrupamento de consangüíneos, cujo vínculo de descendência era computado relativamente ao pai, a quem pertencia toda a autoridade no clássico exemplo romano. Apesar de todas as fundadas críticas, inegavelmente uma coisa é certa: a organização primitiva baseou-se no vínculo de sangue. É certo que, além da descendência natural, poderia ocorrer a artificial, por meio da adoção, mediante cerimônias determinadas, admitindo-se pessoas como sendo descendentes do mesmo tronco. Todavia, esta possibilidade, motivada inclusive por forte solidariedade, no que tange ao direito sucessório, sofreu enormes e graves restrições em nosso ordenamento jurídico, sendo somente corrigida pela atual carta política.

No que tange ao direito sucessório primitivo, não poderia deixar de prestar a homenagem, ainda que tardia, ao emérito Professor Washington de Barros Monteiro, que com peculiar clareza assinalou:

"apresentava certas características expressivas; por exemplo, o antigo direito francês estabelecia regimes diversos para a transmissão hereditária de fundos nobres e plebeus. Cada região

possuía um direito hereditário próprio, só se obtendo uniformização com o Código de Napoleão. Na Inglaterra, por seu turno, antes de 1925, deparavam-se igualmente mais de cem ordens diversas de sucessão, distinguindo-se duas modalidades sucessórias, a real e a pessoal. Além disso, imbuído do propósito de fortalecer a autoridade paterna, contemplava o antigo direito sucessório numerosas causas de deserdação, algumas despidas de qualquer relevância.” (1999, p. 14)

Essas considerações são reputadas como bastante relevantes, inclusive para algumas observações realizadas com a oportuna e devida comparação dos textos, do atual e do novo *Código*. Todavia, é imperioso destacar que dada à influência do Cristianismo, a igualdade na sucessão era um reclamo, elemento motivador de prolongados embates entre o direito romano e o antigo germânico, influenciados pelo direito canônico.

A partir desta formatação, sobreviveu por dezenas de anos o direito sucessório do *Código* de 1916, alheio a muitas críticas, sendo merecedor apenas de mínimos reparos.

## **2.2 – O Novo Código Civil: sua estrutura, correspondências e inovações**

Vale notar que o Livro V da Parte Especial, último desta parte, reúne as disposições atinentes ao Direito das Sucessões, elaborado pelo eminente Professor Torquato Castro, integrante da Comissão Elaboradora e Revisora do Anteprojeto de Código Civil.

Inserido que fora no Projeto de Lei nº 634/75, o texto proposto, que contava inicialmente com 247 artigos, e que hodiernamente se nos apresenta pronto e acabado, revela-nos certa superposição a

preexistentes regras processuais. Aliás, não incorrerá em erro quem afirmar que nenhum dos outros Livros da Parte Especial mantém uma relação com tanta estreiteza com o vigente processo civil, como o destinado ao direito sucessório.

O Direito das Sucessões, lamentavelmente, não sofreu grandes ou profundas alterações, razão pela qual cingir-me-ei a comentar os pontos mais relevantes.

### 2.2.1 – Título I – Da sucessão em geral

No Capítulo I – Disposições Gerais, delimitado que foi entre os artigos 1784 a 1790, encontram-se substancialmente as seguintes inovações:

a) No *Código Civil* de 1916, encontramos a regra do artigo 1572, com a seguinte leitura: “Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. No novo *Código*, no artigo 1784, o legislador suprimiu a expressão “o domínio e a posse da herança”, que se transmitem desde logo aos herdeiros, sejam estes legítimos ou testamentários, de sorte que a disposição inovadora tem esta redação: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

A questão, ainda que pareça de fácil deslinde, traz consigo a indagação, por parte de muitos, de que o comendo contido no artigo 1572 dissipava as dúvidas quanto ao domínio e a posse da herança, principalmente naquele interstício mediado entre a morte do *de cuius* e a sentença de partilha.

É que a regra, como disposta no *Código* de 1916, não determina apenas a transmissão do domínio. Indo além, ela acrescenta que a posse da herança também se transfere aos sucessores a título

universal. A este particular, a primeira consideração que vem a lume é no que tange ao *droit de saisine*. Assim, a dificuldade inicial encontrada residia no fato da possibilidade ou não da transmissão da posse por herança, dado o caráter de *universitas iuris*. É bem verdade que a natureza jurídica da posse é assunto controvertido, não se comportando digressão a este particular, máxime por não ser o objetivo deste momento e inclusive neste capítulo, mas, no afirmar de muitos, é mera situação de fato que conduz a uma proteção por parte do direito nem sempre passível de ser transferida por determinação legal.

Restou pacífico que o escopo da lei, neste particular, era atribuir ao herdeiro a condição de possuidor, sem se cogitar de subordinar-se, aquisição de tal estado, à apreensão material da coisa, ainda que a mesma estivesse sendo detida por terceiros.

Esta situação de se transmitir posse por imposição normativa, aliás, desconhecida dos romanos e geradora de importantes efeitos, é ainda destacada pelo fato de que o herdeiro pode recorrer aos interditos possessórios para defender os bens herdados.

Mesmo que alguém faça apenas uma leitura perfunctória e possa ser induzido a pensar que o preceito constante no artigo 1784, do novo *Código*, parta da idéia de que a posse somente poderia ser adquirida pelo herdeiro, através da apreensão da coisa, o que não deixaria de encerrar certo conteúdo lógico, isto não prosperaria. Entrementes, penso que não ficou bastante clara a situação, deixando portanto, relativa margem de dúvida àquele que não fizer uma leitura sistêmica.

Se compararmos com o que pertine à transmissão automática do domínio, situação em que o herdeiro ocupa o lugar da pessoa que faleceu, de sorte a substituí-la em todas as relações jurídicas que tocam ao patrimônio, a transmissão da posse sem um ato externo é realmente

algo complexo, que mereceu um recurso a algo irreal, destoando do modelo prático que orientava o jurista romano. Destarte, um ponto de conciliação da maioria das controvérsias em torno do artigo 1572, sempre foi a partir dos conceitos de posse direta e indireta.

Por isto, no artigo 1784, a supressão de parte do texto correspondente ao 1572 poderia criar conjecturas. A evitar algumas apressadas ponderações, é necessário que o leitor tenha a clareza de que o domínio e a posse são os dois resultados imediatos da transmissão da herança. Dessa forma, na transmissão da propriedade e da posse, o que se transfere mesmo é aquilo de que o falecido era titular, compreendendo ainda as suas dívidas, ações e pretensões contra o mesmo, ou seja, o compreendido no ativo e passivo e não somente a propriedade no sentido estrito.

Para melhor adequação, torna-se necessário o trabalho de conciliação entre a norma em comento com a regra disposta no artigo 1207, também do novo *Código Civil*, a textualizar que “O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais.”

Por esse ponto de vista, o elemento a ser transmitido nada mais é do que o direito de continuar a posse do *de cuius*, qual seja, por intermédio da lei, continuar os caracteres e o caráter da posse.

Com isso, pode-se pensar que o elemento norteador fora em atinência à investidura na posse dos bens, por meio unicamente de força da lei.

O preceito legal em análise, que confirma a regra constitucional disposta no artigo 5º, inciso XXX, garante o direito de herança, conferindo legitimidade para o herdeiro promover ou continuar ações cabíveis para preservar a posse ou o seu domínio, de tal sorte que,

mesmo tendo direito apenas a uma cota da herança, tem a prerrogativa de defender todo o acervo.

É imperioso, não obstante, ter sempre em mente que o preceito legal de número 1203, constante do novo código, giza que “Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida.” Portanto, como se verifica uma presunção *iuris tantum*, a posse guardará o mesmo caráter de sua aquisição: se iniciou-se eivada de vícios, os mesmos acompanham o sucessor.

Isto é melhor esclarecido com o preceito contido no artigo 1206 do mesmo diploma: “A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres”.

Assim, vê-se que a supressão mencionada não justifica as honras de um novo *Código*.

b) Como as disposições constantes nos artigos 1785 a 1789 são de mesmo conteúdo dos artigos do código de 1916, o elemento motivador dos maiores comentários ficou mesmo por conta da inovadora regra do artigo 1790, com o seguinte teor:

“A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. “

quarta parte ou metade, conforme o caso. Somente o inciso III trata da destinação final dos bens deixados, explicitando que “na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança”.

Note-se que a transcrita norma da Lei 8.971, além de não destoar muito do contido artigo 1603 do *Código Civil* de 1916, está ainda em simetria ao conteúdo do artigo 1611 do mesmo diploma. Isso é decorrente da pretensão de se conferir uma almejada igualdade entre a união estável e a sociedade conjugal estabelecida nos moldes do Livro I, Título I, artigos 180 e seguintes, também da Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Ademais, o artigo 3º da Lei 8.971/94, a complementar as considerações retro, explicita a participação do(a) companheiro(a), quando os bens deixados forem resultantes de atividade em que haja colaboração do *supérstite*, à ordem de cinquenta por cento. A doutrina já era assente que isto não poderia ser diferente, para não proporcionar um locupletamento ilícito por parte daquelas pessoas alinhadas nos dois primeiros incisos do artigo 1603 do *Código* de 1916, em detrimento do labor e da cooperação do(a) companheiro(a) sobrevivente. Isso lastreado fundamentalmente nas disposições acerca da sociedade de fato, para se repartir os dividendos por eqüidade.

Aos 10 de maio de 1996, o artigo 5º da Lei 9.278, consolidou que

“Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes na constância da união estável e a título oneroso são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito”.



Saliente-se que o parágrafo primeiro exclui a participação do sobrevivente, se a “aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união”. Então, a regra aprovada e contida no inovador artigo 1790, alhures transcrita, em parte apenas reproduz um antigo reclamo da doutrina e da jurisprudência, já solucionada por intermédio das leis retro alinhadas.

Se de um vértice perpetua o que já estava consagrado, ao menos é de se registrar que tenha estabelecido critérios e o *quantum* que caberá ao sobrevivente. Todavia, de outro vértice, é de se perquirir se com isso ocorreu a ab-rogação ou derrogação dos anteriores e mencionados dispositivos legais e mais, qual será o fundamento para que o(a) companheiro(a) sobrevivente concorra com filhos comuns, ocasião em que receberá uma quota equivalente, ou, com descendentes filhos somente do autor da herança, a receber metade do que lhes couber, ou ainda, concorrendo com outros parentes sucessíveis, receber um terço da herança.

Senão, vejamos as dificuldades de interpretar os elementos e os critérios: se no inciso I, além de receber a sua parte na meação, por força do já aludido artigo 3º da Lei 8.971, o companheiro(a) sobrevivente receber ainda uma quota equivalente ao filho, isso não é destoante do princípio consignado nesse mesmo artigo 3º? Com isso, além de receber sua metade, dada a participação em atividade onerosa, não se estaria diminuindo, sem causa, a parte que toca aos filhos comuns? Se o descendente comum recebesse a totalidade da parte que cabia ao *de cujus*, qual prejuízo, em verdade, restaria ao *supérstite*? Tal seria uma realidade legal imposta pela prática, pelos anseios dos cidadãos ou decorrente de interesses meramente cartoriais? Ou seria decorrente da incansável *função* fiscal do Estado?

A justificativa, ao que parece, apenas mascara a intenção de

Em proêmio, é necessário salientar que, com a inclusão da figura da companheira ou do companheiro no novo texto, o legislador indicou-nos que as inovações constitucionais sobre esta forma de união que não o casamento, não poderiam deixar de merecer o destaque que já haviam alcançado.

Mais do que isso, acompanhou uma disposição legal alienígena que há tempos já consigna a sucessão da concubina; trata-se do *Código Civil* mexicano:

#### “Capítulo VI

##### *De la sucesión de la concubina*

ART. 1635.-La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar conforme a las reglas siguientes:

1. Si la concubina concurre con los hijos que lo sean también del autor de la herencia, se observará lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625.

II. Si la concubina concurre con descendientes del autor de la herencia, que no sean también descendientes de ella, tendrá derecho a la mitad de la porción que le corresponda a un hijo;

III. Si concurre con hijos que sean suyos y con hijos que el autor de la herencia hubo con otra mujer, tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo ;

IV. Si concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que forman la sucesión ;

V. I Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado

del autor de la sucesión; tendrá derecho a una tercera parte de ésta;

VI. Si el autor de la herencia no deja descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la mitad de los bienes de la sucesión pertenece a la concubina y la otra mitad a la Beneficencia Pública.

En los casos a que se refieren las fracciones II, III y IV, debe observarse lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625, si la concubina tiene bienes.

Si al morir el autor de la herencia tenía varias concubinas en las condiciones mencionadas al principio de este capítulo, ninguna de ellas heredará.”

Esta citação apenas serve para uma reflexão acerca da novidade, bem como de sua extensão. Entrementes, veja-se que o legislador, ao referir-se à “companheira ou o companheiro”, decorrente de união estável, traz à tona as disposições constantes da Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Essa disposição legal, em seu artigo 1º, faz expressa alusão à “companheira comprovada de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole”. Ato contínuo, o parágrafo único do mesmo artigo giza que “igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva”.

A aludida lei, ora em comento, como consta do artigo 2 e incisos, já autorizava às pessoas que reunissem estas requisitos, a participação na sucessão do(a) companheiro(a), com algumas condições. Os dois primeiros incisos tratam do usufruto dos bens do *de cujus*, à base de

se multiplicar os procedimentos posteriores, também decorrentes de sucessão, em que um mesmo bem seja motivo de um maior número de transferência de domínio e que, por intrigante coincidência, têm incidência fiscal em vários níveis. É realmente de se pensar que isso nada mais seja do que a concretização da vontade do cidadão e o que já estava consagrado à luz da doutrina e da jurisprudência, sendo muito “esperado” pelo indivíduo.

Mas tudo isso pode ser até interpretado como apenas um viés e, no intuito de prosseguir, vemos que norma em comento, no inciso I trata de “filhos comuns”. Então, qual seria a justificativa do legislador para o caso de que estes tivessem apenas *um* filho? Veja-se que em comparação com o atual sistema, a situação será deveras diferenciada e calcule-se a quantidade de patrimônio que tocará àquele companheiro que continuou a existir. Os reclamos e anseios da sociedade realmente estão voltados nessa direção ou apenas estamos diante de um interesse isolado e carente de fundamentação? Terá sido ponderado e aceito pelo cidadão esse reflexo? Tal consideração é algo intrigante, na medida em que o sobrevivente *poderá* convolar núpcias com outra pessoa, em regime de comunhão universal e, por conseguinte, comunicar os bens que possui, diminuindo o conjunto sucessório do descendente. Então, como fica a situação do agente que detém vínculo de filiação e consangüinidade com o falecido? Comparando-se com o vigente diploma, apenas sofre prejuízos. Qual, então, a justificativa para tanto?

Essa inquietude torna-se ainda maior quando leio as “diretrizes fundamentais do projeto de *Código Civil*”, assinadas por Miguel Reale, emérito professor da Universidade de São Paulo, que assim assinalou:

“(...) no que se refere à igualdade dos cônjuges, é preciso atentar ao fato de que houve alteração radical no tocante ao regime de

bens, sendo desnecessário recordar que anteriormente prevalecia o regime da comunhão universal, de tal maneira que cada cônjuge era meeiro, não havendo razão alguma para ser herdeiro. Tendo já parte do patrimônio, ficava excluída a idéia de herança. Mas, desde o momento em que passamos do regime da comunhão universal para o regime parcial de bens com comunhão de aqüestos, a situação mudou completamente. Seria injusto que o cônjuge somente participasse daquilo que é produto comum do trabalho, quando outros bens podem vir a integrar o patrimônio e ser objeto de sucessão. Nesse caso, o cônjuge, quando casado no regime da separação parcial de bens (note-se) concorre com os descendentes e com os ascendentes até a quarta parte da herança. De maneira que são duas as razões que justificam esse entendimento: de um lado, uma razão de ordem jurídica, que é a mudança do regime de bens do casamento; e a outra, a absoluta equiparação do homem e da mulher, pois a grande beneficiada com tal dispositivo, é, no fundo, mais a mulher do que o homem.”

Ora, se a regra disposta no artigo 1829 do *Código* em comento comporta como grande justificativa este mesmo elemento de igualdade, de absoluta equiparação, de proporcionar benefícios, por qual motivo, então, o companheiro *supérstite* somente tem participação nos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável? Disso se pode concluir que o legislador, efetivamente, não trata da união de fato como da regulada pelo matrimônio? É o que parece, eis que o fez em momentos bastante distintos, tratando da pessoa que viva com outrem no regime da união estável no artigo 1790 e por casamento, no 1829.

Não era para inovar? Talvez o principal defeito do novo *Código*

foi ter sido fracionado, razão pela qual não evidencie unicidade ideológica.

Como o direito de família, constante no Livro IV da Parte Especial - cujo texto foi elaborado pelo eminente jurista Clóvis do Couto e Silva -, teve influência maior do direito constitucional, percebe-se que também aspirou as atuais realidades axiológicas, prestigiando as relações familiares oriundas não apenas do casamento, mas sobremaneira a partir da união estável prevista constitucionalmente.

No novo direito de família, anuncia-se que restou consagrado o princípio das relações conjugais em plano de igualdade e de colaboração. Mas, ao que parece, como o elaborador do texto sucessório não é o mesmo, isso simplesmente incorreu.

Esta posição do legislador em não permitir que se comunguem todos os bens adquiridos na constância da união, algo que se poderia justificar através da *affectio*, reforça a idéia de alguns doutrinadores, com os quais me alinho, no sentido de que, pela interpretação do artigo 226, § 3º da *Constituição Federal*, não se tenciona, nem nunca se pretendeu, autorizar que as pessoas continuem a viver neste regime, pois determina claramente que a lei *facilite a sua conversão em casamento*.

Se tal assertiva for contestada, então, igualmente será injusto que o(a) companheiro(a) somente venha participar daquilo que é adquirido onerosamente na vigência da união estável, quando outros bens podem vir a integrar o patrimônio e ser objeto de sucessão.

Muitos operadores do Direito, no país, entendem que, na atual *Carta Política*, há o cristalino entendimento de que existem várias formas e possibilidades de se constituir família. Outros, como dantes assinalado, insistem na velha fórmula da família singular, não querendo aceitar que tenha o Estado legitimado outras formas de família, além

da constituída a partir do casamento civil.

É de se quedar ante a consideração de que a família, na travessia para o novo milênio, apropriou-se de concepções e valores morais bastante diferentes daqueles evidenciados desde a primeira metade do século XX.

Posto isto, independentemente do vínculo jurídico pelo qual duas pessoas se juntam, coabitam, têm prole, penso que o elemento mais importante é a afeição, a *affectio*, o que não seria justificador, então, desse tratamento no novo *Código*. Ora, afirma-se como novo algo que mantém o espírito do século anterior? É o novo diploma, um elemento que contém uma ideologia e um discurso diametralmente oposto? Então, não se diga que este texto melhor atende os anseios da sociedade. Isso mais parece uma razão dotada de várias razões.

Sem a pretensão de concluir, creio que, com mais acerto, poder-se-ia atribuir, ao companheiro sobrevivente, a participação inclusive naqueles bens adquiridos não onerosamente. Como a lei é feita para o futuro, então, muito provavelmente será esta a forma que mais atenderá a vontade dos súditos no próximo século.

Somente a título de ilustração, a doação que fosse feita a um dos companheiros, na vigência da união, assim como aquele bem, havido por herança, não seria motivo de participação. Não seria mais lógico que o eventual doador, não pretendendo a possibilidade de que o *supérstite* participe de tal bem, concorrendo com as pessoas e condições dos incisos I a IV, fizesse a ressalva, autorizado pela própria lei? Isto não poderia constar de um eventual parágrafo único no artigo 1790? E como ficaria a herança? E o prêmio, em qualquer ato de sorte? Certamente, nos mesmos moldes previstos em 1916, no “defasado e desatualizado” *Código Civil*. Ora, se um eventual autor de herança não pretendesse que bens seus, após a sua morte, toquem também

àquela pessoa que viva em união estável com um seu descendente, ascendente ou colateral, então, que se conforme com a vontade do mesmo em não fazer a opção por um regime de bens no casamento que afastasse esta probabilidade, pois a vontade maior não é de quem deixa, mas de quem sobrevive. É este que continuará sendo pessoa e detentor de personalidade. Ou isto ou que lhe fosse autorizado deixar com a cláusula de incomunicabilidade, como exceção à total participação.

Então, continuo pensando que não há muita coisa de novo mesmo.

c) O Capítulo II trata da herança e de sua administração, a partir dos artigos 1791 a 1797.

Não se encontram substanciais alterações neste capítulo, a não ser em dois momentos distintos.

O primeiro deles, no conteúdo do artigo 1796, que, a despeito de determinar prazo para se instaurar inventário no prazo de trinta dias, a contar da abertura da sucessão, diferentemente do seu correspondente artigo, o 1770 do *Código* de 1916, não textualiza prazo para que o inventário ultime-se. Com isso, é de se imaginar que ou já visualiza impossível o cumprimento, dada a crise instaurada no judiciário ou relega tal matéria ao *Código de Processo Civil*, por ser de contexto eminentemente processualista, aliás, já afirmado o estreitamento e tangenciamento dos dois diplomas. De qualquer sorte, preferiu o legislador não gizar o prazo de três meses, dilatável a requerimento, por motivo justo, pelo inventariante, como faz o documento legal atualmente.

O segundo elemento merecedor de ressalva é o artigo 1797, que, no inciso I, acresce ao cônjuge, antigamente somente aquele casado sob o regime da comunhão universal, a figura do companheiro.



Isso justifica o discurso de acompanhar a orientação constitucional, jurisprudencial e doutrinária. É esta inclusão, merecedora de elogio, pois atende sim, de forma mais concreta o que a sociedade entendia premente.

d) O Capítulo III trata da vocação hereditária, entre os artigos 1798 a 1803.

Dentre as inovações apresentadas, penso ser relevante levantar a questão acerca da regra delineada no inciso I, do artigo 1801. Esta é a redação apresentada: “Art. 1801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;”

Ora, como não poderia deixar de ser diferente, acresceu-se ao correspondente artigo 1719 vigente, a figura do companheiro.

A regra posta como está, tem como elemento justificador que a pessoa que o redigiu é suspeita, pois poderia até abusar da confiança em si depositada pelo testador. Isso é uma pequena barreira imposta pelo legislador, com o escopo de obstar que este agente altere o conteúdo da última vontade do autor do testamento, inclusive no sentido de favorecer o(a) consorte, companheiro(a) ou parente próximo.

Os elementos norteadores, então, são a lisura dos procedimentos e a moralidade que devem imperar para assegurar a verdade e a isenção nestas disposições de última vontade. Todavia, com inexorável acerto, o inciso I do artigo 1719, no *Código Civil* de 1916, continha ainda a figura do *descendente* da pessoa que a rogo escreveu o testamento. Então, vejamos a dúvida que poderia surgir a partir da supressão: o agente que escrever o testamento, dada a omissão do inciso I do artigo 1801, poderia nomear como herdeiro ou legatário, os seus descendentes, ou mesmo que seja, apenas um deles? Este ou estes descendentes nomeados poderiam, em hipótese,

promover a ulterior transferência para a pessoa que escreveu o testamento ou de qualquer forma, fazer ou permitir com que ele permaneça na posse ou administração de um bem que, pela anterior norma, não lhe seria lícito? Seria uma permissão dada pelo legislador? Ou seria censurável descuido?

A resposta, pela negativa, pode ter, como fundamento, as disposições do artigo 1802 e parágrafo único, pois “São nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa”. Pelo contido no parágrafo único, percebemos que “presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder”.

Contudo, penso que ainda assim não teria motivos, o legislador, para promover tal supressão e ser o mais claro possível, uma vez que, quanto aos demais, não deixou nenhuma margem de dúvidas.

e) O Capítulo VII trata da petição de herança, entre os artigos 1824 a 1828.

É um capítulo que, a despeito de conter realmente disposições inovadoras, sem artigos correlatos no *Código* de 1916, apresenta, de forma totalmente deslocada, a regra do artigo 1828, do seguinte teor: “O herdeiro aparente, que de boa-fé houver pago um legado, não está obrigado a prestar o equivalente ao verdadeiro sucessor, ressalvado a este o direito de proceder contra quem o recebeu.”

Se o capítulo trata da *petição de herança*, então é de se imaginar que não havia local outro para alocar tal previsão, pois esta não se coaduna com os quatro artigos antecedentes. Todavia, estes deslocamentos” eram uma crítica já antiga ao *Código* de 1916, e que não foi sanada pelo novo. Um bom exemplo disso é no que tange à

comoriência, constante na parte geral, mais própria e oportuna para a parte especial das sucessões, por óbvias razões.

Assim, ainda que se pretenda justificar que a recepção, pelo novo *Código*, de elementos eminentemente processuais, dispõe, em local próprio, a sobrevivida sucessória antes mesmo do regramento processual iniciado, tal propósito não pode ficar isento de censura.

f) O Título II, que trata da Sucessão Legítima, contém dois capítulos: o primeiro deles reúne os artigos 1829 a 1844, “da ordem da vocação hereditária”.

O artigo que seria correspondente ao 1603, do *Código* de 1916, tem a seguinte disposição inovadora:

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.”

Através da nova regra posta, percebemos que, diferentemente do que prevê o artigo 1603, do *Código Civil* de 1916, o atual legislador optou por privilegiar o cônjuge sobrevivente com vistas à igualdade entre os mesmos, almejando a “absoluta equiparação do homem e da mulher”. Isto o fez, sob o argumento de que houve uma profunda

modificação na sistemática adotada pelo legislador, no que pertine ao regime de bens. Somente a título de ilustração, torna-se mister lembrar que, por intermédio da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, foi alterado o *caput* do artigo 258 do *Código* de 1916; a alteração fez com que a aludida regra explicitasse que “não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial”.

Destarte, a tônica explicativa, até fins de dezembro de 1977, era a de que, como prevalecia o regime da comunhão universal, cada cônjuge já era meeiro e não haveria elemento lógico que o justificasse como herdeiro. O nó górdio da questão cingia-se ao fato de que, se o mesmo, por força do aludido regime, já tinha metade do patrimônio, excluía-se, portanto, a idéia de herança; com mais motivo e propriedade, então, estava excluído aquele casado sob o regime de separação obrigatória.

A já mencionada modificação de 1977, que resultou em alteração do regime de bens de comunhão universal para parcial, com comunhão de aqüestos, fez com que a situação mudasse completamente, mesmo que não se tenha verificado qualquer variação no texto do artigo ora 1603, que permaneceu com a seguinte redação:

“Art. 1.603 - A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes;

II - aos ascendentes;

*III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais;*

V - aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.”

(sem destaque no original)

Por muito tempo, comentou-se de certa injustiça cometida ao

cônjuge *supérstite*, sob o argumento que, se participasse somente daquilo que é produto de trabalho comum, não perceberia outros bens que pudessem vir a integrar o patrimônio do *de cuius* e ser objeto de sucessão. A este raciocínio acresceu-se, além da modificação da norma alhures mencionada, o que poderia ser, inclusive, uma necessidade decorrente do princípio da igualdade entre o homem e a mulher, pois na prática, era esta última a que se sentia como a maior prejudicada.

As considerações retro formuladas merecem razoável cautela. É que a ordem de vocação hereditária é a relação que, estabelecida por lei, explicita quais pessoas que devem ser chamadas a suceder o falecido. Frise-se, então, do elemento preferencial anotado acima, que a existência de uma classe de herdeiros exclui o chamamento da próxima à sucessão. Por tal preceito, subsistindo descendentes e ascendentes, os primeiros herdaram a totalidade de bens deixados por ocasião do falecimento do autor da herança, excluindo os ascendentes da sucessão<sup>3</sup>. Nesta esteira, o cônjuge sobrevivente estaria muito distante de perceber algo e certamente é isto que o atual legislador pretendeu atalhar.

O legislador de 1916, por certo, ao especificar aquela ordem, fundou-se na vontade presumida do *de cuius*. Aliás, Silvio Rodrigues, ao tratar do assunto, manifestou-se no sentido de que

“tal presunção é, na maioria dos casos, absolutamente válida, pois se o autor da herança quisesse dar destino diferente a seus bens, deles disporia de maneira diversa, por intermédio do testamento. A mera circunstância de não haver testado revela

---

<sup>3</sup> SUCESSÃO – Vocação hereditária – Pedido de habilitação feito por irmão do de cuius, havendo cônjuge sobrevivente. Inadmissibilidade. Caráter excludente da ordem de vocação hereditária. Artigos 1.603, III, 1.611 e 1.612 do CC. (TJSP – AI 110.697-1 – 6ª C – Rel. Des. Ernani de Paiva – J. 16.02.1989) (RJTJESP 119/381)

que se conformou em que seu patrimônio se incorporasse ao das pessoas determinadas na ordem de vocação hereditária.” (1998, p. 62)

Todavia, de duas coisas não podemos nos esquecer: a primeira delas, é que o artigo 17, do Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941<sup>4</sup>, modificado que foi pelo Decreto-lei nº 5.187 de 13 de janeiro de 1943, já inseria, no ordenamento jurídico pátrio, um princípio de proteção em favor da mulher brasileira que fosse casada com estrangeiro, por regime que excluía a comunhão universal de bens.

Mais recentemente, este preceito foi erigido a *status* constitucional no artigo 5º, inciso XXXI. Cristalina e indisfarçável a intenção do legislador pátrio em amparar a mulher brasileira nesta hipótese aventada.

O segundo elemento inoxidável é a regra disposta no artigo 1611, a determinar que “à falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal”<sup>5</sup>. Vê-se, portanto, que, independentemente do regime que os anima, é intenção do legislador proteger o sobrevivente. Ademais, ao acrescentar os Parágrafos 1º e 2º a este artigo, ficou ainda mais concreta esta intenção.

O ponto intrigante da alteração ao regramento previsto no artigo 1603, em comento, no que tange à nova ordem, é que se pretendermos justificar a regra posta como algo movido pelo espírito de proteção ao cônjuge sobrevivente, devemos ressaltar que o novo *Código* excluiu o

---

<sup>4</sup> Art. 17. À brasileira, casada com estrangeiro sob regime que exclua a comunhão universal, caberá, por morte do marido, o usufruto vitalício de quarta parte dos bens deste, se houver filhos brasileiros do casal ou do marido, e de metade, se não os houver”.

<sup>5</sup> O *caput* do artigo 1611, do *Código Civil* de 1916, teve a redação determinada pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

cônjuge sobrevivente casado sob os regimes de comunhão universal e de separação obrigatória.

Então, considerando-se a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, ao informar que “no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” e a regra alinhada no parágrafo único do artigo 258, do *Código Civil* de 1916<sup>6</sup>, vemos que o excelso pretório já os cuidou de proteção.

É bem verdade que um elemento norteador do Direito é obstaculizar o enriquecimento sem causa, mas, haveria uma antinomia?

A orientação jurisprudencial há muito já se manifestava no seguinte sentido:

“Regime da separação legal de bens – Aqüestos. Esforço comum. Comunicabilidade. Súmula STF, Enunciado nº 377. Correntes. CC, arts 258/259. I. Em se tratando de regime de separação obrigatória (CC, art. 258), comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum. II. O Enunciado nº 377 da Súmula STF deve restringir-se aos aqüestos resultantes da conjugação de esforços do casal, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa. (STJ – REsp 9.938-0 – SP – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo – DJU 03.08.1992) (RJ 184/90).”

---

<sup>6</sup> Art. 258 - Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.

Parágrafo único - É, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento:

I - Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuído no art. 183, XI a XVI (art. 216);

II - do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos;

III - do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, no termos do art. 183, XI, com o consentimento do tutor;

IV - de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, XI, 384, III, 426, I, e 453).

O assunto ainda fica mais intrigante se feita a comparação com o seguinte entendimento:

Doação – Ação anulatória – Contrato celebrado entre concubinos, que depois vieram a casar-se – Doador já sexagenário – Validez – Atos não ajustados em pacto antenupcial, nem condicionados à realização do casamento – Inocorrência de fraude à lei – Inaplicabilidade do Art. 312, c/c o Art. 258, Parágrafo Único, do Código Civil – 2. Casamento – 1. É válida, embora feita por doador já sexagenário à companheira com que veio a casar-se ao depois, doação não ajustada em pacto antenupcial, nem condicionada doutro modo à realização do casamento. 2. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da CF em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (*substantive due process of law*), já não vige a restrição constante do art. 258, parágrafo único, II do CC. (TJSP – AC 007.512-4/2.00 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Cezar Peluso – J. 18.08.1998) (sem destaque no original)

Se a norma jurídica constante no parágrafo único, do artigo



258, não fosse compatível com a vigente *Carta Política*, não se teria, inclusive no novo *Código*<sup>7</sup>, estabelecido um critério meramente etário para, “proteger” a pessoa e os seus bens, impedindo a livre escolha pelo regime de bens que melhor lhe aprouver. Talvez este espírito protetivo fosse necessário no início do século passado, mas hodiernamente é discutível. Máxime quando motivadas por uma série de fatores, as pessoas estão convolvendo núpcias mais tardiamente. Com isso, mais uma vez vemos o papel da dominação estatal limitando a vontade das pessoas, sem uma justificativa plausível. Não consigo concordar com o fato de que o elemento etário, por si só, seja impeditivo para a prática de tal ato. Então, que se descortinasse esta situação e impedisse tais pessoas de praticar atos jurídicos, alinhando-os como senis e de discernimento reduzido, taxando-os de relativamente incapazes como no artigo 4º. É este o espírito do legislador? Isto atenderia aos anseios e reclamos de um novo *Código*? É isto que já estava, de certo modo, consagrado na *Constituição Federal*? Penso que não e ainda ofende os mais mezinhos preceitos de direito!

Como o presente trabalho não comporta uma digressão de tal dimensão, relego ao leitor o desenvolvimento de tal proposta, crendo que o fará com muito mais propriedade. Entretanto, retomando o assunto em objeto, o que poderia transparecer proeminente inovação, qual seja a participação, isso é algo que, se comparado com o direito alemão, não mais surpreenderia o cidadão comum. É que o direito sucessório germânico, que se nos apresenta sob prevalente influência do direito romano, desde muito tempo já favorece o cônjuge nas

---

<sup>7</sup> Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de sessenta anos; (grifo meu)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

disposições acerca da sucessão legítima. Por intermédio desse instituto, a herança passa aos herdeiros que estão agregados também em definidas classes. De igual forma, verificamos, naquele ordenamento, que, na primeira classe, está o cônjuge e os demais descendentes, incluindo-se os filhos de pretérito leito somente do *de cujus*.

No sistema de sucessão disposto no *Código Civil* alemão<sup>8</sup>, o cônjuge sobrevivente ocupa especial posição, tanto que, se concorrer com os descendentes do falecido, tem direito a receber o equivalente a um quarto da herança; concorrendo com os pais e seus descendentes e avôs, perceberá a metade da herança. Não existindo tais parentes nas classes dos sobreviventes, perceberá a totalidade da herança.

A previsão legal alienígena ainda traz regra para o cônjuge sobrevivente, que estava casado sob o regime legal de bens, conferindo-lhe mais um quarto do patrimônio do finado, como uma “substituição da pretensão à compensação de aqüestos”, consoante leciona ZITSCHER (Cf. 1999, p. 123).

A mesma autora ainda informa que

“isso significa que a metade da herança passa ao cônjuge ao lado dos filhos, e três quartos ao lado dos outros parentes privilegiados mencionados. Esse direito a mais de um quarto da herança existe independentemente da duração do casamento ou da existência de aqüestos. O cônjuge herdeiro, além disso, tem direito aos objetos que pertencem à economia matrimonial.

---

<sup>8</sup> 1931. El cónyuge supérstite del causante está llamado como heredero legítimo a una cuarta parte de la herencia si concurre con parientes del primer orden, y a la mitad de la misma si concurre con parientes del segundo orden o con abuelos. Si concurren con abuelos descendientes de abuelos, recibe el cónyuge también de la otra mitad la cuota que según el parágrafo 1.926 correspondería a los descendientes. Si no existen ni parientes del primero o del segundo orden, ni abuelos, el cónyuge supérstite recibe toda la herencia.

Ele receberá estes objetos em adição à herança (*Voraus*). No caso de o cônjuge renunciar à herança, a compensação de aqüestos será feita como após o divórcio e, em adição, o cônjuge tem direito à legítima, mas não terá direito ao *Voraus*.<sup>9</sup>

No que tange ao direito sucessório inglês, a mesma autora explica que

“a sucessão legítima favorece o cônjuge sobrevivente ainda mais que o direito alemão. Este fenômeno é mais marcado nas heranças pequenas e médias; no caso da herança que se mede em milhões de libras esterlinas, o favorecimento do cônjuge não é mais tão marcante: o cônjuge sobrevivente receberá, primeiro os *personal chattels*, ‘móveis pessoais’, conceito que inclui todas as coisas móveis (afora do dinheiro) usadas na economia matrimonial ou pessoalmente pelo cônjuge defunto, portanto jóias e obras de arte valiosas passam ao cônjuge. Depois, o cônjuge sobrevivente tem o direito de lhe ser atribuída a moradia conjugal, mas, neste caso, é descontado o valor da moradia das outras pretensões dele.” (Cf. *op. cit.* p. 168)

A citada autora ainda acrescenta:

“se não há cônjuge sobrevivente, mas filhos, estes recebem toda a herança, em partes iguais. Ao lado do cônjuge sobrevivente os filhos só terão o direito à metade do patrimônio que sobrou depois da

---

<sup>9</sup> 1932. Si el cónyuge supérstite es heredero legítimo en concurrencia con parientes del segundo orden o en concurrencia con abuelos, además de la porción hereditaria, le corresponden como ventaja los objetos pertenecientes al ajuar doméstico matrimonial, siempre que no sean pertenencias de una finca, y los regalos de la boda. A la ventaja se aplican las disposiciones existentes para los legados.

satisfação das pretensões do cônjuge. Se os filhos ainda são menores, o representante legal administrará a herança como *trustee* até a sua maioridade ou até um casamento anterior a isso. Se o filho morrer sem atingir maioridade, a parcela dele não passa aos seus 'herdeiros', senão volta ao patrimônio da herança original. Os filhos sempre excluem os pais e irmãos do defunto, e todos os parentes mais afastados. Um filho já falecido será substituído por seus filhos, se tiver. Se não há cônjuge nem filhos, os pais do defunto recebem tudo em partes iguais." (*loc. cit.*)

Afora estas considerações, é impossível deixar de mencionar a norma constitucional insculpida no artigo 5º, inciso XXXI, a explicitar que

“a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*”.

Por tal preceito, Maria Helena Diniz (2002) informa que

“a ordem de vocação hereditária, estabelecida no art. 1.829 do Código Civil, pode ser alterada tratando-se de bens existentes no Brasil, pertencentes a estrangeiro falecido, casado com brasileira e com filhos brasileiros, se a lei nacional do *de cuius* for mais favorável àquelas pessoas do que o seria a brasileira. Por exemplo, se o autor da herança for mexicano e houver deixado cônjuge brasileiro que deve concorrer com ascendentes daquele, não se aplicará a lei brasileira, mas a mexicana, pois pelo *Código Civil* do México,

no art.1.626<sup>10</sup>, concorrendo à sucessão cônjuge supérstite e ascendentes de primeiro grau, dividir-se-á a herança ao meio, ficando uma metade com o consorte e outra metade com os ascendentes; se se fosse aplicar a ordem de vocação hereditária que vigora no Brasil (CC, arts. 1.829, II, e 1.837, 1ª parte), o cônjuge herdaria um terço do acervo hereditário e os ascendente do *de cuius*, dois terços (RF; 112:91; RT, 148:237)“.

Por derradeiro, que o leitor não sinta falta no artigo 1809 do novo *Código*, das pessoas jurídicas de direito público que constam no correspondente 1603, do *Código* de 1916. É que estas estão mencionadas no artigo 1844, com o seguinte teor:

“Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal“.

Estas as considerações reputadas como mais significativas, no que toca ao artigo 1829. Todavia, ainda é de se destacar o contido no novo artigo 1830, cujo conteúdo é o seguinte:

“Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se

---

<sup>10</sup> Art. 1626. – Si el cónyuge que sobrevive concurre com ascendientes, la herencia se dividirá en dos partes iguales, de las cuales una se aplicará al cónyuge y la otra a los ascendientes.

tornara impossível sem culpa do sobrevivente.” (sem destaque no original)

O que pode gerar certa dúvida é no que tange ao *tempo* mencionado pelo legislador, quanto à separação meramente fática entre os cônjuges. De um vértice podemos lembrar do prazo disposto no artigo 226, § 6º da *Constituição Federal*, que autoriza a dissolução do casamento civil pelo divórcio quando comprovada a separação de fato por *dois* anos. De outro, não se pode perder de vista a regra elaborada, todavia em capítulo anterior ao objeto de análise do novo *Código Civil*, constante no artigo 1572, § 1º: “A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.” (sem destaque no original)

O leitor não se questionaria por qual motivo se autoriza a separação judicial da sociedade conjugal com apenas *um ano* de separação fática, mas ainda torna possível a percepção de bens por sucessão, em período que atinge o dobro do tempo? Isto era um outro reclamo da sociedade? Isto já estava de certo modo consagrado na doutrina e jurisprudência?

Talvez este seja o preço de se ter dividido tarefas no novo *Código*; ao fracioná-lo, perdeu-se também a amálgama ideológica, eivando-o de inconsistências.

g) No Título III, que trata da Sucessão Testamentária, encontramos o Capítulo X, alinhando regras acerca da deserdação.

Uma curiosidade a ser observada, nesse capítulo, é o que se pode extrair por ilação a partir do comando dos seguintes artigos:

Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.

Através dessa orientação legal, apesar de qualquer ausência inovadora, temos margem para uma outra ponderação, pois, de acordo com a regra disposta no artigo 1961, podemos perceber que, em algumas vezes, a manifestação da vontade do legislador seria mesmo a de privar algum herdeiro necessário por meio da deserdação. Assim, estamos diante de uma exceção à regra geral, que assegura ao herdeiro

necessário a reserva legitimária, correspondente à metade da herança do falecido, já que a outra metade o testador pode dispor como melhor lhe agradar.

É bem verdade que a deserdação exclui da sucessão o herdeiro necessário, mediante testamento que contenha alguns requisitos essenciais, tais como a validade deste ato de última disposição de vontade, com expressa declaração do fator determinante da deserdação, como se vê do comando do artigo 1964. É necessária, ainda, a fundamentação, de modo que deve o testador declarar a causa da deserdação, que existam herdeiros necessários e que haja comprovação da veracidade dos motivos que formaram a vontade do testador neste sentido. Pois bem, encontramos-nos, então, diante de dois grandes problemas: o primeiro, a manutenção da exigência de testamento, com todas as formalidades em nosso ordenamento e a segunda a violência doméstica.

O testamento, ato jurídico revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe do seu patrimônio para depois de sua morte, no todo e em parte, podendo também fazer estipulações diversas, é algo que não se verifica esteja dentro do costume de nossa sociedade, talvez até por uma questão econômico-cultural.

Para muitas pessoas, assim como o acesso à justiça, este ato da vida civil é também algo muito complexo e relegado por vários motivos, e um deles é a hipossuficiência cultural. Nem se diga que a maioria explorada dessa nação, por viver em extremada miséria, não teria o testamento como instrumento útil. Isso seria ofender os mais estreitos preceitos acerca dos direitos humanos e da personalidade.

O fato é que o atual legislador simplesmente desconsiderou este interesse do cidadão e nada fez para facilitar que o indivíduo, por mais penosa que seja sua condição patrimonial, tenha acesso à



realização de seu próprio testamento. O acesso à justiça, encartado na vigente carta política, é um exemplo de acerto que frutificou em nossa sociedade; não o acompanhou, nestas medidas de atender os anseios da sociedade, o novo *Código Civil*. Portanto, perdeu oportunidade de proporcionar o amplo exercício da cidadania e um pouco mais de dignidade aos excluídos. Isto pode dar uma exata medida da falta de estreiteza entre o discurso e a prática. Não foi tão ousado em sua tentativa de minimizar o rigorismo normativo.

Apresentada a primeira premissa, resta determo-nos sobre a segunda, a violência doméstica, quer seja física ou psicológica, por parte do marido ou companheiro, é uma realidade cada vez maior em nossa sociedade, consubstanciando-se em verdadeira rotina forense e lamentáveis notícias da ocorrência de fatos dessa natureza. Inegavelmente, e não menos reprovável, é que somente resta contra o agente agressor uma lei branda, que exige a representação da vítima para o processamento do fato (lesão corporal dolosa, de natureza leve). Ademais, o beneficia com a possibilidade de transação penal, que se limita à aplicação de multa ou pena restritiva de direitos que, sem dúvida alguma, em muitos casos apenas incentiva o indivíduo a perpetrar outros atos abusivos contra a esposa ou companheira.

Esses acontecimentos corriqueiros não devem ficar à margem do direito, pois além dos enormes danos que causam às mulheres vítimas de violência doméstica, produzem ainda nefastas conseqüências na formação da personalidade dos filhos, que presenciam e vivenciam tais fatos.

Os estudos já existentes, embora não sejam capazes de dimensionar a magnitude do problema em toda sua extensão, são bastante capazes de detectá-los e classificá-los, pois enquanto expressão e forma, dividem-se basicamente em maus tratos físicos,

sexuais e psicológicos. Isso é facilmente confirmado, na medida em que estudos apontam que cerca de 25% das mortes de mulheres, em idade fértil, estão associadas à violência, sendo que mais de 60% delas foram vitimadas por seus próprios companheiros.

Sob a lente institucional, muito se tem feito para coibir a violência doméstica, principalmente no plano internacional. Tanto é assim que, somente a título de exemplo, vários Estados aprovaram leis específicas, abordando-a de forma diferenciada, de sorte a tratar da violência diferentemente dos crimes em geral. Todavia, a pretensa proteção, mesmo nos países mais desenvolvidos, é ainda muito insignificante. Apenas para ilustrar, um estudo conduzido pela Universidade de Brandeis, em Massachusetts - EUA - demonstrou que 90% dos agressores de suas esposas deixam de ser processados e que, ainda que levados à corte e condenados, as sentenças, de tão leves que eram, praticamente se poderia afirmar que eles nem mesmo vivenciaram a experiência oficial.

É por tais considerações que defendo, então, a possibilidade de que os filhos da falecida, por sentença judicial, comprovando-se os casos previstos nos incisos I e II do artigo 1693, como explicitação da razoabilidade, lastreado inclusive nas lúcidas lições de Luis Recaséns SICHES (1971), excluam o companheiro de sua mãe ou até mesmo o próprio pai de concorrer com estes, como constam das disposições já analisadas, *provando-se que a falecida mãe era vítima, entre outras formas, de violência doméstica.*

Para perfeita explicitação da igualdade, se a mulher ou companheira for a responsável por atos tais, que também seja excluída de concorrer com os filhos do falecido, percebendo, então, somente aquilo que já lhe cabe, de acordo com o regime de bens no casamento ou participação onerosa na união estável.

Evidenciada estaria a injustiça, se um dos companheiros ou cônjuges perpetrasse tal conduta e, em momento posterior ao falecimento do outro, além do que ordinariamente já lhe coubesse, ainda concorresse com filhos ou outras pessoas ligadas ao defunto, pais e colaterais.

Em nosso país, uma série de medidas foram e são tomadas para coibir a violência doméstica. Entendo que, se de um vértice a perda da prerrogativa legal de concorrer com os filhos e pais do falecido não seja efetivamente uma medida de repressão à agressão, pelo menos alcançaria o escopo punitivo civil e quiçá o caráter pedagógico. Acredito que assim fazendo, o magistrado estará mais próximo do comando legal que o impõe, em sua atividade, de atender os fins sociais e as exigências do bem comum, algo que o legislador em parte descuroou no novo *Código Civil*.

### **3. Breves conclusões**

Não devemos olvidar que o texto, ora comentado, foi elaborado por uma comissão constituída há mais de trinta anos e desconheceu, talvez de propósito, a maior parte dos avanços da doutrina do direito civil contemporâneo.

Hodiernamente, a marca característica de nosso arcabouço jurídico é a velocidade das relações, em tudo e por tudo. Somente a título de exemplo, o conhecimento científico da humanidade quase nada evoluiu durante grande parte do tempo de dez mil anos, a partir dos quais teria surgido a vida inteligente na Terra. Contudo, no curto espaço do último século, as transformações sociais, econômicas e culturais impuseram um novo modelo para as relações jurídicas e também uma reorientação de todo o acumulado jurídico.

Ao que se nos parece, o legislador preferiu mesmo deixar a

atividade criadora e inovativa para as leis especiais, que melhor podem atender ao interesse de certas castas, pois cuidam de ordenar determinado setor específico da atividade humana.

Imaginar que ao legislador só é dado agir a posteriori, que antes deva a sociedade lhe fornecer o comportamento social, é um despautério, assim o fazendo, deixou de correr o risco do acerto, desperdiçando excelente oportunidade.

Lamentavelmente, o que mais se verificou em todo este processo, é que ao *Código* foram vinculadas pessoas que se tornaram mais importantes do que o próprio texto. Não as desmereço, seria ofensa e atitude leviana, mas que isto influenciou é inegável.

O Direito Civil como um todo, sem sombra de dúvidas, sofrerá profundas alterações, seja pelo próprio texto, com as críticas já elaboradas, ou pela atividade criadora de seus operadores. Entrementes, desde as considerações preambulares, o leitor já sabia, de antemão, qual a linha de pensamento norteava o presente capítulo e, de maneira proposital, descortinou-se, durante todo o desenvolver das observações, a inquietude da recepção da nova norma.

Luiz Fernando COELHO, mestre de primeira grandeza, a quem devo a inenarrável honra de participar deste trabalho, ensina que

“a lacunariedade real fica evidenciada pelas contradições reais no ordenamento, as quais desmistificam o pressuposto da racionalidade; e a teoria crítica então revela como a mais importante dessas lacunas a ineficácia intencional das leis que, representando conquistas dos oprimidos, deixam de ser aplicadas na medida em que ferem os interesses da classe dominante.” (Cf. 1991, p. 401-402)

Isto, por si só, já serviria para resumir todo um apanhado de reflexões. No caso em estudo, o direito das sucessões, fica também patente não somente algumas lacunas, mas inclusive as explicitações já estudadas, a desnudar os interesses de classes ou do próprio Estado.

Com o estabelecimento da nova ordem, o Estado reafirma sua soberania, a si subordinando várias organizações que recebem, então, o seu cunho, passando a ser seus instrumentos no tocante às faculdades normativas, que lhes são reconhecidas e atribuídas. É justamente assim que a vida do Estado se manifesta, por meio de uma contínua reafirmação e reintegração de sua autoridade, sobre o indivíduo e as organizações sociais. É bem verdade que este ente não pode deixar de existir e, ao atual equilíbrio, sucederá um novo e, entre as possíveis orientações que a vontade comum possa rumar, uma fatalmente acabará por preponderar, qualquer que seja o valor absoluto que a inspire e solicite.

É justamente este o desafio! Que não seja qualquer orientação o fulcro do novo sistema, mas a essência do Direito. O se que esperava era algo que estivesse mais próximo do ideal, do efetivamente desejado pelo cidadão, uma harmonia entre a autoridade do Estado e os direitos do indivíduo, pois o primeiro somente vive e prospera quando um liame ético ocorre entre os partícipes do mesmo ordenamento jurídico positivo. Isto dá um fundamento material ao nexu legal, exprimindo a unidade formal entre eles, de forma a transparecer uma profunda junção de vontades, o que não se verificou no novo *Código Civil*.

Cada um dos atos do Estado deve ter, por fundamento, a manifestação da vontade geral, ser a síntese dos direitos de todos e não um instrumento dedicado a objetivos e fins imediatos, que não atendem de modo satisfatório os interesses do cidadão, excluindo-o da plena cidadania e recusando-lhe ao menos um pouco de dignidade.

Assim, pelas observações contidas na análise das alterações contidas no novo *Código Civil*, é possível inferir que as considerações preambulares não destoam do contexto da análise promovida e permeiam qualquer conclusão que seja possível promover.

### **Referências bibliográficas**

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991 COELHO.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 16. ed. atual., de acordo com o novo *Código Civil* (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

MAYNEZ, Eduardo García. *El derecho natural en la época de Sócrates*. México: Editora Jus, 1939.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 6.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 7.

SANTA MARIA, José Serpa de. *Curso de Direito Civil: sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. IX

SICHES, Luis Recaséns. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*. México: Fondo de Cultura Económica / Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.

ZITSCHER, Harriet Christiane *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Colaboração de Marco Antônio Schmitt (et all.) Belo Horizonte: Del Rey, 1999.